

UDK 336.227.1/.2(497.11)

CERIF: S110, S130, S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902007P

Dr Dejan Popović\*

Dr Gordana Ilić Popov\*\*

(NE)USTAVNOST ODREDBE O TESTU GLAVNOG  
CILJA TRANSAKCIJE ILI ARANŽMANA IZ PORESKIH  
UGOVORA

*Stupanjem na snagu Multilateralne konvencije (Multilateral Instrument – MLI) u Srbiji počinje da deluje klauzula o glavnom cilju transakcije ili aranžmana (GCT test), koja dozvoljava poreskim vlastima da ne odobre pogodnost iz obuhvaćenog poreskog ugovora. U članku se analizira struktura GCT i ustanovljava da su im ostavljena široka diskreciona ovlašćenja. Formulacija norme je takva da ne određuje šta će se oporezovati u zemlji izvora pošto pogodnost bude uskraćena. Autori zaključuju da zemlja rezidentstva može da ne da olakšicu kojom eliminiše nastalo dvostruko oporezivanje ako smatra da nije reč o razlikama u nacionalnom pravu već o razlikama u tumačenju odredaba ugovora ili činjenica. Ustavnost GCT testa mogla bi se ocenjivati u odnosu na principe pravne sigurnosti i jednakosti. Poreske vlasti su dobile arbitrarna ovlašćenja da procenjuju da li je reč o abuzivnom, jednom od glavnih ciljeva transakcije ili o legitimnom komercijalnom cilju, kojim će biti narušeni ustavni principi jednakosti i oporezivanja prema ekonomskoj snazi.*

Ključne reči: *Glavni cilj transakcije ili aranžmana. – Multilateralni instrument. – Izbegavanje poreza. – Pravna sigurnost. – Ustavnost.*

---

\* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs*.

\*\* Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *gordana@ius.bg.ac.rs*.

## 1. UVOD

Pritisak na poreske prihode mnogih država rasprostranjenim isko-rišćavanjem poreskih rajeva i preferencijalnih režima u zemljama sa ina-če visokim (ili „standardnim“) porezima doveo je, naročito po izbivanju globalne finansijske krize 2008. godine, do koordinacije napora da se do-maća poreska osnovica zaštiti od strategija poreskog planiranja multina-cionalnih preduzeća. Već 2013. godine OECD je pripremio akcioni plan *BEPS* (eng. *Base Erosion and Profit Shifting*) (OECD 2013), prihvaćen od lidera G 20, kojim je predviđeno 15 akcija, sa namerom da se spreče erozija osnovice i seljenje dobiti u cilju izbegavanja poreza.<sup>1</sup> U akciji 15 bilo je konstatovano da je poželjno, s obzirom na to da bi u postoje-ćoj mreži od preko 3.000 poreskih ugovora bilateralna usklađivanja bila veoma teška i dugotrajna, doneti „multilateralni instrument“ za primenu *BEPS* mera povezanih sa poreskim ugovorima, kao pravno obavezujuću konvenciju međunarodnog javnog prava (OECD 2015, 10). U tom smi-slu, Srbija je, sa još 67 država, 7. juna 2017. godine bila inicijalni potpi-snik Multilateralne konvencije za primenu mera koje se radi sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore<sup>2</sup> (eng. *Multilateral Instrument*, dalje: *MLI*, ili *Multilateralna konvencija*). Konvencija je za Srbiju stupila na snagu 1. oktobra 2018. godine.<sup>3</sup> Od 60 država sa kojima 2019. godine Srbija primenjuje poreski ugovor,<sup>4</sup> njih 48 je potpisalo *MLI*,<sup>5</sup> pri čemu je on, zaključno sa 1. januarom 2019. godine, stupio na snagu u osam država iz tog kruga.

Srbija je prilikom potpisivanja *MLI* navela da sve svoje poreske ugovore, njih 58 koji su 2017. godine bili na snazi<sup>6</sup> i šest tada samo pot-

---

<sup>1</sup> O borbi protiv agresivnog poreskog planiranja na globalnoj osnovi, videti više u Arnold (2016, 187).

<sup>2</sup> Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (poslednji pristup 10. januar 2019. godine).

<sup>3</sup> *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 3/18.

<sup>4</sup> To su: Albanija, Austrija, Azerbejdžan, Belgija, Belorusija, Bosna i Hercego-vina, Bugarska, Crna Gora, Češka, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Francuska, Grčka, Gruzija, Holandija, Hrvatska, Indija, Indonezija, Iran, Irska, Italija, Jermenija, Kanada, Katar, Kazahstan, Kina, Kipar, DNR Koreja, Republika Koreja, Kuvajt, Letonija, Libija, Litvanija, Luksemburg, Mađarska, Makedonija, Malezija, Malta, Moldavija, Nemačka, Norveška, Pakistan, Poljska, Rumunija, Rusija, San Marino, Slovačka, Slovenija, Sri Lan-ka, Španija, Švajcarska, Švedska, Tunis, Turska, Ujedinjeni Arapski Emirati, Ukrajina, Velika Britanija i Vijetnam.

<sup>5</sup> Do 1. januara 2019. godine *MLI* nisu pristupile: Albanija, Azerbejdžan, Be-lorusija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Iran, DNR Koreja, Libija, Makedonija, Molda-vija, Sri Lanka i Vijetnam.

<sup>6</sup> Samo su poreski ugovori sa Indonezijom i San Marinom zaključeni i stupili na snagu posle potpisivanja *MLI*.

pisanih,<sup>7</sup> smatra „obuhvaćenim poreskim ugovorima“, ali nekoliko njenih ugovornih partnera nije svrstalo ugovore sa Srbijom među svoje poreske ugovore obuhvaćene Multilateralnom konvencijom.<sup>8</sup> To ne znači da se time najavljuje prestanak važenja odgovarajućeg poreskog ugovora otkazom, u smislu čl. 31 Model-konvencije OECD o porezima na dohodak i na imovinu (OECD 2017) (dalje: *Model-konvencija OECD*), već samo da taj ugovor ne podleže modifikacijama predviđenim u *MLI*.

*Multilateralna konvencija* funkcioniše *uporedo* sa postojećim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja,<sup>9</sup> *modifikujući njihovu primenu*<sup>10</sup> kako bi se efikasno implementirale *BEPS* mere koje se odnose na poreske ugovore, sa ciljem sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti.<sup>11</sup>

Ako se od 48 strana i potpisnica<sup>12</sup> Multilateralne konvencije sa kojima 2019. godine Srbija ima poreski ugovor oduzme pet koje ugovor sa Srbijom nisu svrstale među „obuhvaćene poreske ugovore“, kao i San Marino, sa kojim je poreski ugovor (u koji su ugrađena simetrično prihvaćena rešenja iz *MLI*) zaključen posle pristupanja *MLI*, ostaje 35 potpisnica (Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Egipat, Estonija, Finska, Grčka, Gruzija, Holandija, Hrvatska, Indija, Irska, Italija, Jermenija, Kanada, Katar, Kazahstan, Kina, Kipar, Republika Koreja, Kuvajt, Letonija, Luksemburg, Mađarska, Malta, Norveška, Pakistan, Rumunija, Rusija, Španija, Tunis, Turska, Ujedinjeni Arapski Emirati i Ukrajina) čiji će poreski ugovori podlegati modifikacijama u skladu s odredbama *MLI* nakon što u tim potpisnicama budu stupili na snagu, kao i sedam strana (Austrija, Francuska, Litvanija, Poljska, Slovačka, Slovenija i Velika Britanija), čiji su poreski ugovori zaključno sa 1. januarom 2019. godine stupili na snagu u obe ugovorne jurisdikcije.

U ovom radu analizi je podvrgnuta modifikacija obuhvaćenih poreskih ugovora proistekla iz Akcije 6 *BEPS*, tj. uvođenje, umesto ili usled

<sup>7</sup> Sa Ganom, Gvinejom, Indonezijom (koji je od 1. januara 2019. godine počeo da se primenjuje), Marokom, Palestinom i Zimbabveom.

<sup>8</sup> Nemačka, Švedska, Švajcarska, Malezija i Indonezija.

<sup>9</sup> Upravo se po tome *MLI* razlikuje od „klasične“ multilateralne konvencije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koja zamenjuje sve bilateralne poreske ugovore koji su postojali između država koje su je zaključile. Videti Popović i Ilić Popov (2017, 16).

<sup>10</sup> Videti Bravo (2016, 293).

<sup>11</sup> To su mere iz sledećih *BEPS* akcija: Akcija 2 – Neutralisanje efekata aranžmana sa nepodudaranjem hibrida; Akcija 6 – Sprečavanje pružanja pogodnosti iz poreskih sporazuma u nepodesnim okolnostima; Akcija 7 – Sprečavanje artificalnog izbegavanja statusa stalne poslovne jedinice i Akcija 14 – Činjenje mehanizama rešavanja sporova efikasnijim.

<sup>12</sup> Termin „strana“ označava državu ili jurisdikciju za koju je Konvencija stupila na snagu, a termin „potpisnica“ državu ili jurisdikciju koja je potpisala Konvenciju, ali za koju Konvencija još nije na snazi. Videti čl. 2 (1) (b) i (c) *MLI*.

nepostojanja opšte antiabuzivne mere u obuhvaćenom poreskom ugovoru, testa glavnog cilja transakcije ili aranžmana (eng. *principal purpose test*, dalje: *GCT test*). U tri svoja obuhvaćena poreska ugovora (sa Republikom Korejom, Kazahstanom i Norveškom) Srbija već ima odredbu o parcijalnom (u pogledu vrsta prihoda na koje se primenjuje<sup>13</sup>) GCT testu, koji će, u skladu sa čl. 7 (2) *MLI*, biti zamenjen GCT testom u formulaciji iz čl. 7 (1), koja se odnosi na sve prihode i imovinu koji su navedeni u obuhvaćenom poreskom ugovoru. Imajući u vidu da je posledica GCT testa u tome da se pogodnost iz obuhvaćenog poreskog ugovora neće pružiti poreskom obvezniku u odnosu na deo dohotka ili imovine, ukoliko poreski organ, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti, osnovano može da zaključi da je sticanje pogodnosti bio jedan od osnovnih razloga bilo kojeg aranžmana ili transakcije koji su neposredno ili posredno rezultirali tom pogodnošću, otvara se pitanje ustavnosti takve odredbe, posebno u svetlu zahteva za pravnom sigurnošću, kao jednom od komponenti načela vladavine prava. Zadatak koji smo postavili u ovom radu je da se to pitanje razmotri i s aspekta legitimnosti cilja zbog kojeg se uvodi mera poput GCT testa, tj. suprotstavljanje izbegavanju poreza.

Sve do 2015. godine, u srpskom poreskom pravu nisu se nalazile definicije zakonite i nezakonite poreske evazije.<sup>14</sup> Termin „poreska evazija“ uzet je iz potvrđenog poreskog ugovora sa Norveškom<sup>15</sup> da označi samo nezakonito izbegavanje plaćanja poreza. U Preambuli Multilateralne konvencije sintagma „*tax evasion or avoidance*“ prevedena je kao „poreska evazija ili izbegavanje“, gde se termin „izbegavanje“ odnosi na zakonito a nelegitimno izbegavanje plaćanja poreza. Napomenimo da u pozitivnom srpskom pravu i dalje ne postoji izraz koji bi označio izbegavanje plaćanja poreza *en général* (i nezakonitog i zakonitog<sup>16</sup>).

---

<sup>13</sup> GCT test se primenjuje u odnosu na dividende, kamate i autorske naknade u sva tri poreska ugovora; u odnosu na ostali dohodak – u poreskim ugovorima sa Republikom Korejom i Norveškom, a u odnosu na kapitalne dobitke – samo u poreskom ugovoru sa Republikom Korejom.

<sup>14</sup> O terminima koji se u finansijskoj literaturi na srpskom i hrvatskom jeziku koriste za označavanje „izbegavanja poreza“, videti Todorović (1930, 182); Lovčević (1993, 151); Jelčić (1998, 190–191); Popović (2018, 54).

<sup>15</sup> *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 21/15.

<sup>16</sup> Zakonito izbegavanje plaćanja poreza može biti i legitimno (dakle, ne na bazi agresivnog poreskog planiranja), što se u delu literature naziva „poreskom mitigacijom“ (lat. *mitigatio* – ublažavanje, smanjivanje). Uporediti Baker. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (poslednji pristup 25. decembar 2018. godine).

## 2. STRUKTURA GCT TESTA

U Multilateralnoj konvenciji su izdvojena dva, sa poreskim ugovorom povezana, *obavezna* minimalna standarda, o kojima su se sve strane usaglasile u završnom *BEPS* paketu. Jedan od tih standarda se odnosi na preciziranje cilja obuhvaćenog poreskog ugovora i sprečavanje zloupotrebe ugovora. Izmena koja treba da se sprovede u preambuli poreskih ugovora treba da omogući da se u interpretaciji ugovora otkloni nedoumica u pogledu toga da je cilj ugovora eliminacija dvostrukog oporezivanja, ali bez stvaranja mogućnosti za neoporezivanje ili umanjeno oporezivanje u vidu poreske evazije ili izbegavanja poreza (uključujući *treaty-shopping* aranžmane). Taj minimalni standard zahteva i da se u obuhvaćene poreske ugovore ugradi jedan od sledećih mehanizama:

- (1) opšti antiabuzivni GCT test;
- (2) istovremeno s opštim antiabuzivnim GCT testom, i specijalna antiabuzivna mera u vidu pojednostavljene verzije klauzule o limitiranju pogodnosti (eng. *limitation of benefits* – LOB) ili
- (3) detaljna LOB klauzula i antiabuzivne mere za suprotstavljanje tzv. protočnom finansiranju (eng. *conduit financing*).

Srbija se opredelila za isključivu primenu GCT testa, a tako je postupila i druga strana u šest od sedam njenih obuhvaćenih poreskih ugovora koji su na snazi 1. januara 2019. (Austrija, Francuska, Litvanija, Poljska [privremeno], Slovenija i Velika Britanija). Jedino je Slovačka optirala za paralelnu primenu GCT testa i pojednostavljene LOB klauzule (ali, pošto to nije učinila i Srbija, u poreskom ugovoru je zastupljen samo GCT test). I u naknadno zaključenom poreskom ugovoru sa San Marinom nalazi se GCT test.

U preostalih 35 obuhvaćenih poreskih ugovora Srbije (gde je druga strana pristupila *MLI*, ali ga još nije ratifikovala), 29 država se opredelilo za isključivu primenu GCT testa (Egipat, Estonija, Finska, Grčka, Gruzija, Hrvatska, Italija, Kanada [privremeno], Katar, Kina, Republika Koreja, Kuvajt [privremeno], Letonija, Norveška [privremeno], Rumunija, Španija, Tunis i Turska, kao i Belgija, Češka, Holandija, Irska, Kipar, Luksemburg, Mađarska, Malta, Pakistan, Ujedinjeni Arapski Emirati i Ukrajina<sup>17</sup>), dok je šest optiralo za paralelnu primenu GCT testa

<sup>17</sup> Ovih poslednjih 11 država optiralo je za postupak iz čl. 7 (4) *MLI* (tzv. diskreciona olakšica), u kojem bi, ako bi licu na osnovu GCT testa bila uskraćena pogodnost iz poreskog ugovora, nadležni organ ipak mogao da smatra da to lice ima pravo na tu pogodnost ili na različite pogodnosti u odnosu na određeni deo dohotka ili imovine, ukoliko, na zahtev tog lica i nakon razmatranja relevantnih činjenica, utvrdi da bi mu takve pogodnosti bile odobrene u slučaju da nema transakcije ili aranžmana. Ali, pošto Srbija nije optirala za postupak iz čl. 7 (4) *MLI* u obuhvaćenim poreskim ugovorima sa tim državama, diskreciona olakšica se neće primenjivati, kao ni u obuhvaćenim poreskim

i pojednostavljene LOB klauzule (Bugarska, Danska, Indija, Jermenija, Kazahstan i Rusija). Međutim, i u situacijama kada se nije potpuno poklopio izbor obe ugovorne jurisdikcije, u čl. 7 (6) *MLI* precizira se da će se GCT test primenjivati u obe ugovorne jurisdikcije, a pojednostavljena LOB klauzula samo ukoliko su se obe strane za to opredelile.

Da bi se, po osnovu GCT testa, uskratila pogodnost iz poreskog ugovora, moraju kumulativno da budu ispunjeni sledeći uslovi:

1. postojanje aranžmana ili transakcije, koji
2. neposredno ili posredno rezultiraju pogodnošću iz poreskog ugovora, a koji su
3. ustanovljeni sa jednim od glavnih ciljeva da se ostvari ta pogodnost, pri čemu
4. nije utvrđeno da je odobravanje te pogodnosti u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba obuhvaćenog poreskog ugovora.<sup>18</sup>

#### 2.1. Aranžman ili transakcija i pogodnost iz poreskog ugovora

Termin „aranžman ili transakcija“ treba tumačiti tako da njime bude obuhvaćen svaki sporazum, memorandum o razumevanju, shema (npr. kako se kvalifikovati za rezidentstvo određene države), transakcija ili serija transakcija, bez obzira na to da li su pravno obavezujući.<sup>19</sup>

„Pogodnost iz poreskog ugovora“ obuhvata sva ograničenja prava na oporezivanje nametnuta zemlji izvora (u vidu umanjenja poreza, izuzimanja, odlaganja ili povraćaja poreza), olakšicu za eliminaciju dvostrukog oporezivanja primenom metode izuzimanja ili metode kredita, zaštitu koja se pruža rezidentima i državljanima države ugovornice po osnovu zabrane diskriminacije i svako slično ograničenje (npr. kredit za uštedeni porez) (OECD 2017, 589).

#### 2.2. Subjektivni test

Nadležni organ najpre treba da putem GCT testa proveri da li su aranžman ili transakcija bili motivisani ostvarivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora. Takav postupak se naziva „subjektivni test“ (Kok 2016, 407). O subjektivnom kriterijumu može se zaključivati na osnovu spoljašnjih činjenica, ali je motiv praktično nemoguće dokazati, pa su retki slučajevi kada donosilac norme fiskalne posledice određenog aranžmana

---

ugovorima sa Litvanijom i Velikom Britanijom, koji su na dan 1. januara 2019. godine u primeni, pri čemu su se te dve države opredelile za pomenutu opciju.

<sup>18</sup> Vid. čl. 7 (1) *MLI*.

<sup>19</sup> Upor. OECD (2017, 590).

ili transakcije vezuje za postojanje takve namere (Lang 2014, 658). Kada se oni ipak dogode, kao u slučaju GCT testa, ishod je, po pravilu, određen pravilima o teretu dokazivanja. Ukoliko poreska administracija treba da *dokaže* da je jedan od glavnih ciljeva poreskog obveznika bio da ostvari pogodnost iz poreskog ugovora, izgledi za njen uspeh su minimalni. Ali, ako se nadležnom poreskom organu stavi u zadatak „razblažena“ varijanta dokazivanja („ako je razumno zaključiti“ – kako zahteva čl. 7 (1) *MLI*), onda se od njega ne očekuje potpuni dokaz da je postojala namera da se iskoristi pogodnost iz poreskog ugovora.

Istina, Komentar Model-konvencije OECD upućuje na to da bi se do „razumnog zaključka“ moralo doći posle sprovedene objektivne analize relevantnih činjenica u svakom konkretnom slučaju (OECD 2017, 590). Mihael Lang (*Michael Lang*), međutim, smatra da, bez obzira na ulogu koju Komentar Model-konvencije OECD ima u tumačenju poreskog ugovora,<sup>20</sup> značaj stava iz Komentara ne može da se meri sa značajem koji ima odredba poreskog ugovora, čije značenje jasno odudara od „zahtevnijeg“ dokazivanja, koje nudi Komentar (Lang 2014, 660). Suprotno je, međutim, stanovište Denisa Vebera (*Dennis Weber*), za koga „razumno zaključiti“ ne znači samo da je težina tereta dokazivanja na poreskim vlastima već da se ocena koju one daju mora dobiti objektivnom analizom zasnovanom na činjenicama, pri čemu ocena ne sme da bude bazirana na pretpostavci niti da samo upućuje na poresku pogodnost kao takvu. Ukoliko poreske vlasti zaključe da je *glavni* cilj transakcije ostvarivanje poreske pogodnosti, onda poreskom obvezniku uvek ostaju na raspolaganju žalba i sudska zaštita (Weber 2017, 51). Međutim, mogućnost korišćenja tih mehanizama zaštite prava poreskih obveznika treba sagledati u svetlu okolnosti da će GCT test najčešće primenjivati zemlja izvora, što rezidentu druge države ugovornice stvara dodatne prepreke, čak i pod (oborivom) pretpostavkom da su drugostepeni poreski organ i sud u zemlji izvora bili nepristrasni i efikasni.

Nepredvidljivost „subjektivnog testa“ dodatno se ogleda u tome što se ne traži da se ustanovi (na nivou razumnog zaključivanja) da je ostvarena pogodnost iz poreskog ugovora predstavljala glavni cilj transakcije, već da je bila samo jedan od glavnih ciljeva. Otuda može da se zaključiti da može da se dogodi da transakcija koja je prvenstveno motivisana legitimnim komercijalnim ciljevima ipak ne prođe GCT test ukoliko je i poreska pogodnost bila jedan od glavnih ciljeva (Koriak 2016, 9). Pošto su porezi važan trošak poslovanja, razuman privrednik mora da vodi računa o poreskim efektima svojih poslovnih odluka. Pod uslovima koji proizlaze iz primene GCT testa, poreski obveznik ne može biti siguran ni ako se pozove na to da su njegov aranžman ili transakcija bili motivisani (kao jednim od važnih ili glavnih ciljeva) pogodnostima koje proizlaze

<sup>20</sup> Uporediti Engelen (2004, 439–473); Popović i Kostić (2009, 31–34).

iz drugog izvora (na primer, iz domaćeg prava, prava EU ili poreskog ugovora sa trećom državom) (De Broe i Luts 2015, 132). Veber propušta da zapazi da nije reč o razumnom zaključivanju o jednom, glavnom cilju transakcije ili aranžmana nego o *jednom od glavnih* ciljeva, čime relativizuje težinu izrečenih zamerki (Weber 2017, 51). Nasuprot takvom rešenju, Evropski sud pravde je lestvicu dokazivanja postavio više: u slučaju *Halifax* presuđeno je da za postojanje abuzivne prakse „mora biti očigledno na osnovu jednog broja objektivnih faktora da je *osnovni cilj* date transakcije ostvarivanje poreske pogodnosti“.<sup>21</sup> Tokom druge decenije XXI veka usvojene su opšte antiabuzivne odredbe (eng. *general anti-abusive rule*, dalje: *GAAR*) u sekundarnom pravu EU u noveliranoj Direktivi o zajedničkom sistemu oporezivanja matičnih kompanija i filijala iz različitih država članica<sup>22</sup> i Direktivi protiv izbegavanja poreza.<sup>23</sup> U tim *GAAR*-ovima nalazi se sintagma „glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva“ – koja je šira od „osnovnog cilja“ iz *Halifax*-a, ali u pravu EU Evropski sud pravde ima monopol nad interpretacijom, dok je tumačenje poreskih ugovora u rukama nacionalnih sudova, čime rizik od različitog razumevanja tako formulisanog subjektivnog kriterijuma postaje mnogo veći (Lang 2014, 660). Erik Kemmeren (*Eric C. C. M. Kemmeren*) smatra da i u situaciji kada neki akt sekundarnog prava EU u antiabuzivnoj klauzuli sadrži širu sintagmu „glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva“, minimalni prag za uskraćivanje poreske pogodnosti mora da bude zahtev da je sticanje takve pogodnosti bilo *dominantan* cilj (Kemmeren 2014, 193). On tako zaključuje na osnovu dve presude Evropskog suda pravde. U slučaju *Kofoed*,<sup>24</sup> Sud je zauzeo stav da formulacija čl. 15 (1) (a) Direktive o zajedničkom sistemu oporezivanja statusnih promena koje se tiču kompanija iz različitih država članica,<sup>25</sup> po kojoj država članica može da odbije da primeni ili da povuče pogodnost iz Direktive kada izgleda da je *glavni cilj ili jedan od glavnih ciljeva* jedne od operacija iz čl. 1 Direktive (npr. statusna promena) poreska evazija ili izbegavanje poreza, odražava opšti princip komunitarnog prava da je zloupotreba prava zabranjena. U slučaju *Part Service*,<sup>26</sup> pak, Sud je ocenio da abuzivna praksa postoji kada sticanje poreske pogodnosti predstavlja *suštinski*, odnosno *glavni* cilj transakcije, pa Kemmeren zaključuje da se reči „jedan od glavnih ciljeva“ iz pomenute direktive moraju tumačiti tako da je „suštinski“ ili „glavni“ cilj transakcije obezbeđivanje poreske pogodnosti (Kemmeren 2014, 192–193).

<sup>21</sup> ECJ, Case C-255/02 [2006], para. 86.

<sup>22</sup> Council Directive (EU) 2015/121 amending Directive 2011/96/EU, *Official Journal of the European Union*, L 21, 28. 1. 2015.

<sup>23</sup> Council Directive (EU) 2016/1164, *Official Journal of the European Union*, L 193, 19. 7. 2016.

<sup>24</sup> ECJ, Case C-321/05 [2007], para. 38.

<sup>25</sup> Council Directive 2009/133/EC, *Official Journal of the European Union*, L 310, 25. 11. 2009.

<sup>26</sup> ECJ, Case C-425/06 [2008].



### 2.3. Objektivni test

Ukoliko subjektivni test ukaže da bi pogodnost iz poreskog ugovora trebalo da bude uskraćena, do toga ipak neće doći ako je utvrđeno da je njeno odobravanje bilo u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba poreskog ugovora. U tom slučaju teret dokazivanja je na poreskom obvezniku, a umesto „razumno je zaključiti“, u objektivnom testu zahteva se da je za primenu tog izuzetka neophodno da ispunjenje predviđenog uslova bude „utvrđeno“.

Kao „odgovarajuće odredbe“ poreskog ugovora iz kojih poreski obveznik izvlači pogodnost najčešće se pojavljuju one koje se odnose na: rok od 12 meseci za uspostavljanje građevinske stalne poslovne jedinice, minimalno učešće od 25% u kapitalu isplatioca dividende, koje dopušta primenu snižene stope poreza na dividende od 5%, pravila koja raspodeljuju pravo na oporezivanje dividendi, kamata, autorskih naknada i kapitalnih dobitaka između države izvora i države rezidentstva i dr. (Chand 2018b, 24). Ako bi se dokazivanje svelo na utvrđivanje da li je odobravanje pogodnosti bilo u skladu sa predmetom i ciljem pojedinačne „odgovarajuće odredbe“, izolovano posmatrane, zadatak poreskog obveznika bio bi previše jednostavan, što bi ceo GCT test učinilo besmislenim (Chand 2018b, 24). Primera radi, predmet i cilj čl. 5 (3) Model-konvencije OECD jeste da propiše rok čijim istekom građevinski projekat postaje stalna poslovna jedinica i pogodnost koju obveznik ostvaruje putem aranžmana ili transakcije (da, na primer, građevinski radovi u trajanju do 12 meseci ne obrazuju stalnu poslovnu jedinicu, te da tako ostvarena dobit ne podleže porezu u zemlji izvora) uvek će biti u skladu sa tako interpretiranim predmetom i ciljem te odredbe.

U tumačenju poreskog ugovora određenom izrazu se mora pridati značenje koje proizlazi iz *teksta ugovora* koji se čita u dobroj veri (*bona fide*), u sadejstvu s ostalim elementima za tumačenje (kontekst, predmet i cilj ugovora), koje treba uzeti u obzir na osnovu čl. 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu.<sup>27</sup> Pošto je neophodno sve elemente primenjivati integralno, može da se dogodi da jezičko značenje neke odredbe iz poreskog ugovora bude izmenjeno, s osloncem na kontekst, predmet i cilj ugovora. To će se, u načelu, desiti samo ako tekst odredbe nije jasan, odnosno ukoliko „jasan tekst“ dovede do rezultata koji je očigledno nerazuman (Engelen 2004, 139). Tumačenje objektivnog uslova iz GCT testa isključivo na osnovu jezičkog značenja moglo bi da dovede do apsurdnog zaključka da je ceo GCT test besmislen (jer će izuzetak postati pravilo pa zloupotrebe poreskih ugovora neće biti sprečavane). Vikram Čand (*Vikram Chand*) zato predlaže da se objektivni test sprovodi u dva stadijuma. U prvom bi poreski obveznik utvrdio predmet i cilj „odgovarajućih odredaba“ u sve-

---

<sup>27</sup> *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 30/72.

tlu ciljeva poreskog ugovora, uzetog u celini, a u drugom bi dokazivao da transakcija ili aranžman odgovaraju predmetu i cilju „odgovarajućih odredaba“ koje su predmet preispitivanja (Chand 2018b, 26).

Primeru radi,<sup>28</sup> ukoliko je u više prethodnih godina kompanija rezident Srbije imala učešće u kapitalu kompanije rezidenta Slovenije od 24%, pa po stupanju na snagu poreskog ugovora, kojim je predviđeno da će zemlja izvora moći da oporezuje dividende po stopi od najviše 5%, ukoliko je učešće primaoca dividende u kapitalu isplatioca najmanje 25%, poveća svoj udeo na 25%, subjektivan uslov iz GCT testa, sprovedenog u zemlji izvora (Sloveniji), biće ispunjen – jedan od glavnih ciljeva transakcije (ako ne i jedini) bio je da se ostvari pogodnost iz poreskog ugovora u vidu snižene stope poreza na dividende. Primenjujući objektivan test, poreski obveznik bi u prvom stadijumu dokazao da su predmet i cilj čl. 10 (2) (1) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije – obezbeđivanje snižene stope poreza po odbitku značajnijim akcionarima, a poreskog ugovora između ove dve države: (1) alokacija prava na oporezivanje i eliminacija dvostrukog oporezivanja, u želji da se dalje razvijaju ekonomski odnosi i poboljšava saradnja u poreskoj materiji; (2) sprečavanje poreske evazije i (3) sprečavanje izbegavanja poreza (i, posebno, *treaty shopping-a*). U drugom stadijumu, poreski obveznik bi dokazao da je delovao i u skladu sa predmetom i ciljem odredbe čl. 10 (2) (1) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije, ispunjavajući uslov učešća u kapitalu od najmanje 25%, i u skladu sa predmetom i ciljem poreskog ugovora, pošto: (a) je, uvećavajući investiciju (makar za 1 procentni poen), postupio tako da se dalje razvijaju ekonomski odnosi dve države; (b) transakcija ne predstavlja shemu poreske evazije; (v) transakcija nije ni izbegavanje poreza jer je u pitanju suštinsko, a ne artifičijelno povećanje udela u kapitalu.

U drugom primeru,<sup>29</sup> kompanija A – rezident Srbije dobila je da gradi fabriku u Sloveniji, pri čemu je ugovoreno da građevinski projekat traje 22 meseca. Imajući u vidu čl. 5 (3) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije, kojim je predviđeno da gradilište, građevinski ili montažni radovi čine stalnu poslovnu jedinicu samo ako traju duže od 12 meseci, u toku pregovora o ugovoru o radovima projekat je podeljen u dva različita ugovora, od kojih svaki traje po 11 meseci, pri čemu se kao ugovorna strana u prvom ugovoru pojavljuje kompanija A, a u drugom novoosnovano rezidentno privredno društvo B, čiji je 100% vlasnik kompanija A. Pošto će subjektivni GCT test, sproveden u zemlji izvora (Sloveniji), pokazati da je jedan od glavnih ciljeva (ili jedini cilj) tog aranžmana bilo

<sup>28</sup> U pitanju je shema zasnovana na primeru datom u Komentaru Model-konvencije OECD za slučaj kada je opravdana primena izuzetka zbog kojeg pogodnost iz poreskog ugovora ipak neće biti uskraćena. Videti OECD (2017, 593–594). Iz analize je apstrahovana norma čl. 8 (1) *MLI*, koja nalaže da uslovi u pogledu vlasništva budu ispunjeni tokom perioda od 365 dana.

<sup>29</sup> Videti OECD (2017, 596–597).

ostvarivanje pogodnosti iz poreskog ugovora da se ugovoreni građevinski projekat ne smatra stalnom poslovnom jedinicom kompanije A – rezidenta Srbije lociranom u Sloveniji, primena objektivnog testa u prvom, kao i u drugom stadijumu, pod prethodno navedenim (a) i (b), utvrdiće da je poreski obveznik delovao u skladu i sa predmetom i ciljem odredbe čl. 5 (3) poreskog ugovora između Srbije i Slovenije i sa predmetom i ciljem tog ugovora u celini, *osim u delu pod (v)*, jer podela ugovora na dva ugovora ne predstavlja suštinsku transakciju već je karakteriše artifičijelnost, koja ukazuje na izbegavanje poreza. Otuda će GCT test ipak imati efekat i poreska pogodnost iz čl. 5 (3) biće uskraćena.

### 3. PRAVNE POSLEDICE ODREDBE O GCT TESTU

Domaći *GAAR* bi se u većini pravnih sistema mogao kvalifikovati kao *GAAR* sa proširenim efektima jer je njime predviđeno i šta će se događati pošto poreska pogodnost bude uskraćena.<sup>30</sup> Norma o GCT testu iz čl. 7 (1) *MLI* ne ide, međutim, dalje od navođenja da se pogodnost iz poreskog ugovora „neće odobriti“, pa se određuje kao *GAAR* s ograničenim efektima (Moreno 2017, 441). Zbog toga kritičari GCT testa postavljaju brojna pitanja, na koja se ne mogu dati jasni odgovori upravo zbog pomenutog nedostatka odredbe (Lang 2014, 661–663). Primera radi, ako holandski akcionar dokapitalizuje privredno društvo – rezidenta Srbije odobravajući mu pozajmicu, a ne ulažući sopstveni kapital, prihod koji bi ostvario po osnovu te investicije potpadaće pod čl. 11 (kamata), a ne pod čl. 10 (dividenda) poreskog ugovora između Srbije i Holandije. Poresku pogodnost predstavlja okolnost da će, umesto da bude podvrgnut srpskom porezu po odbitku na dividende od 5% ili 15% (zavisno od visine učešća u kapitalu), prihod, u obliku kamate, proći bez poreza u zemlji izvora jer je čl. 11 poreskog ugovora dao zemlji rezidentstva (u ovom primeru, Holandiji) ekskluzivno pravo da oporezuje kamate. Ako bi nadležni organ

---

<sup>30</sup> Tako je u čl. 9 (2) srpskog Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (*Službeni glasnik RS*, 80/02, ..., 95/18) propisano da „ako se simulovanim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, za utvrđivanje poreske obaveze osnovu čini disimulovani pravni posao“. Još su obuhvatnije odredbe britanskog *Finance Act* 2013 kojima se predviđa da, ako je utvrđeno da je poreski aranžman abuzivan, poreski organ preduzima protivmeru u odnosu na tako ostvarenu poresku pogodnost, koja mora biti pravična i razumna (čl. 209), kao i određena usklađivanja (čl. 210), kako bi se izbeglo duplo oporezivanje, bilo sâmog poreskog obveznika koji je sproveo abuzivnu transakciju, bilo kada se uzmu u obzir proistekle poreske obaveze drugih lica. Videti [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/396179/gaar-part-abc.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396179/gaar-part-abc.pdf) (poslednji pristup 26. decembra 2018. godine). Postoje, međutim, i pravni sistemi koji ne sadrže ni indicaciju o tome kakve će biti posledice primene *GAAR*-a. Uporediti na primer čl. 15 (3) španskog *Ley General Tributaria*, <https://www.boe.es/buscarpdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf> (poslednji pristup 26. decembar 2018. godine).

Srbije primenio GCT test i uskratio tu pogodnost, to bi značilo da se čl. 11 ne primenjuje.

Ostaje, međutim, dilema šta će poreske vlasti zemlje izvora (Srbije) zaista oporezovati. Da li uskraćivanje poreske pogodnosti znači da se u konkretnom slučaju poreski ugovor uopšte ne primenjuje, pa sledi primena domaće stope poreza po odbitku (u Srbiji – 20%)? Ili će se, ipak, primeniti čl. 10 poreskog ugovora (koji je poreski obveznik želeo da izbegne), što bi Srbiji, kao zemlji izvora, dalo pravo na porez po odbitku od najviše 5% ili 15%, dok bi se od Holandije očekivalo da primeni metodu običnog kredita iz čl. 23? No, ako bi zemlja rezidentstva (Holandija) nastavila da se pridržava čl. 11, koji joj daje isključivo pravo da oporezuje kamate, to bi značilo da ona odbija da pruži poreski kredit i tako bi nastalo dvostruko oporezivanje.

Analiza postaje još složenija ako se u nju uključi i treća država, na primer, Jermenija. Ukoliko holandski akcionar u srpskom privrednom društvu transferiše svoje akcije filijali – rezidentu Jermenije, imajući u vidu poreski ugovor između Srbije i Jermenije, u kojem je stopa poreza po odbitku i na dividende i na kamate 8%, a nadležni srpski poreski organ primeni GCT test i po tom osnovu jermenskoj kompaniji uskrati pogodnost u vidu snižene stope, postavlja se pitanje kako će biti oporezovane dividende koje isplaćuje kompanija rezident Srbije. Pomenimo samo neke od dilema. Da li će srpske poreske vlasti početi od fikcije da se dividende isplaćuju direktno holandskoj kompaniji? Da li će Holandija dopustiti poreski kredit iz čl. 23 poreskog ugovora sa Srbijom, iako je prihod holandskog rezidenta stigao posredno, iz kompanije rezidenta Jermenije? Koji bi poreski ugovor uopšte sadržao osnov za primenu takve mere? Da li Jermenija ima obavezu da pruži kredit za porez po odbitku naplaćen u Srbiji na dividende koje pripadaju kompaniji rezidentu Jermenije, ali po osnovu ugovora između Srbije i Holandije? Ako je odgovor na poslednje pitanje afirmativan, do kojeg iznosa bi poreski kredit bio odobren (8%, 15% ili 20%)?

U pitanju su dileme čije je razrešenje izvan okvira teme ovog rada. Lang na tim nedoumicama nastoji da sruši celokupan koncept GCT testa. Prema njegovom mišljenju, ili pravilo o GCT testu predstavlja odredbu kojom se poništavaju određene poreske pogodnosti u jednoj državi, a to onda vodi dvostrukom oporezivanju, ili ono stvara fikciju koja ide dalje od oslanjanja na aranžman koji se smatra prikladnim (Lang 2014, 663).

U komentaru uz čl. 23 Model-konvencije OECD navodi se da, kada sukob kvalifikacija proizlazi iz *razlika u domaćem pravu*, zemlja rezidentstva mora da otkloni dvostruko oporezivanje pružajući olakšicu po osnovu čl. 23. No, ako sukob kvalifikacija proizlazi iz *razlika u tumačenju odredaba poreskog ugovora ili činjenica*, takva obaveza ne postoji, već se države ugovornice upućuju na postupak zajedničkog dogovaranja

(OECD 2017, 389). Pošto Srbija kao zemlja izvora uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora interpretirajući odredbu o GCT testu, moglo bi se zaključiti da holandske poreske vlasti neće otkloniti dvostruko oporezivanje neposredno nego tek u postupku zajedničkog dogovaranja. Čand smatra da je formulacija čl. 23 Model-konvencije OECD o tome kada se pruža olakšica u vidu metode za otklanjanje dvostrukog oporezivanja<sup>31</sup> dovoljna da sve dok zemlja izvora oporezuje deo dohotka *u skladu sa poreskim ugovorom* – a efekat primene norme o GCT testu jeste u skladu s ugovorom – zemlja rezidentstva mora da ispuni svoju obavezu iz čl. 23 tog poreskog ugovora (Chand 2018a, 202). Mi se, pak, pitamo da li se primena odredbe o GCT testu sa toliko prostora za arbitrarnost od nadležnih organa zemlje izvora mora prihvatiti u zemlji rezidentstva kao da je *u skladu s odredbama poreskog ugovora* ili se može uvažiti argument da postoji razlika u tumačenju (na primer, da li je reč o jednom od osnovnih ciljeva transakcije), koja – a ne sukob kvalifikacija usled razlika u nacionalnim zakonodavstvima – dovodi do primene različitih odredaba poreskog ugovora u zemlji izvora i u zemlji rezidentstva. U tom drugom slučaju morao bi da usledi postupak zajedničkog dogovaranja da bi se otklonilo dvostruko oporezivanje.

U literaturi se sreću dva pristupa rešavanju dileme koja se odnosi na posledice primene odredbe o GCT testu. Zagovornik prvog, Karlos Palao Taboada (*Carlos Palao Taboada*) smatra da primena svakog GAAR-a, i domaćeg i onog iz poreskog ugovora, zahteva preoblikovanje poreskog tretmana aranžmana na osnovu situacije koja odgovara njenoj ekonomskoj suštini (koju GAAR određuje), a ne formi čijoj se konstrukciji pribeglo sa ciljem izbegavanja poreza (Taboada 2015, 606). Drugi pristup se zasniva na argumentaciji da *de lege lata* nije dopušteno tumačiti GCT test koji predstavlja GAAR s ograničenim efektima, prema parametrima GAAR-a sa proširenim efektima. U tom smislu, Andres Baes Moreno (*Andrés Báez Moreno*) (2017, 442) ističe da nisu sva domaća opšta antiabuzivna pravila GAAR-ovi sa proširenim efektima, te da otuda ne postoji model koji bi predstavljao „prirodnu“ konfiguraciju GAAR-a u pogledu njegovih pravnih posledica. Taj autor smatra da izričita formulacija odredbe o GCT testu, u kojoj se govori samo o uskraćivanju pogodnosti iz poreskog ugovora, ne dopušta korektivna tumačenja s obzirom na čl. 31 (1) Bečke konvencije, o čemu je već bilo više reči. Predmet i cilj odredbe o GCT testu jeste sprečavanje izbegavanja poreza, a upravo to se postiže normom o GAAR-u s ograničenim efektima. Prema mišljenju tog autora, ako bi zemlja rezidentstva odbila da pruži neku od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja iz čl. 23 Model-konvencije OECD, odredba o GCT testu bi „u većoj meri sprečavala izbegavanje poreza, pošto bi posledice njegove primene mogle biti teže za poreskog obvezni-

<sup>31</sup> „Kada rezident države ugovornice ostvaruje dohodak ili poseduje imovinu koji, *u skladu s odredbama ove konvencije*, mogu biti oporezovani u drugoj državi ugovornici.“

ka“ (Báez Moreno 2017, 442). Taj argument, međutim, nema oslonca u formulaciji čl. 7 (1) *MLI*, pa zaključujemo da je dovoljno utvrditi predmet i cilj odredbe o GCT testu, čiji su efekti ograničeni.

Ukoliko bi se, pak, tragal za predmetom i ciljem poreskog ugovora u celini, modifikovana preambula, u koju su, osim sprečavanja dvostrukog oporezivanja, uključeni i sprečavanje poreske evazije i izbegavanja poreza, ne daje razrešenje dileme o hijerarhiji tih ciljeva. Otuda okolnost da GCT test, kao *GAAR* s ograničenim efektima, može dovesti do dvostrukog oporezivanja ne znači da „pada u vodu“ željeni antiabuzivni cilj poreskog ugovora kao sporedan; GCT test, na osnovu kojeg zemlja izvora uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora, praćen odbijanjem zemlje rezidentstva da pruži olakšicu iz čl. 23 Model-konvencije OECD – zato što smatra da zemlja izvora nije pravilno primenila GCT test, odnosno da ona ima pravo da primeni taj test – dovede do dvostrukog oporezivanja, pa zaključujemo da u Model-konvenciju OECD treba *de lege ferenda* ugraditi odredbu koja bi GCT test definisala kao ugovorni *GAAR* sa proširenim efektima.

Imajući u vidu da je za tzv. diskrecionu olakšicu iz čl. 7 (4) *MLI* optimala ukupno samo 31 država, odnosno jurisdikcija,<sup>32</sup> od kojih većina pretenduje da, uprkos *BEPS*-u, zadrži atraktivnost režima oporezivanja, kao i okolnost da će se olakšica primenjivati u poreskom ugovoru samo ako su obe obuhvaćene poreske jurisdikcije načinile tu opciju, zaključujemo da se većina država i jurisdikcija odlučila za potencijalno penalizujući pristup ugovornog *GAAR*-a s ograničenim efektima. To svedoči o relativnom značaju divergentnih ciljeva poreskih ugovora koji im ta većina pridaje: *makar i postojalo dvostruko oporezivanje (ako postupak zajedničkog dogovaranja ne dâ rezultat), sprečava se zloupotreba poreskog ugovora*. Stvarne razmere rizika da zemlja rezidentstva odbije da primeni olakšicu iz čl. 23 Model-konvencije OECD i tako ne otkloni dvostruko oporezivanje u uslovima kada je zemlja izvora, po osnovu GCT testa, uskratila pogodnost iz poreskog ugovora, pokazaće se u narednim godinama.

#### 4. USTAVNOPRAVNE PREPREKE ZA GCT TEST

Ustavnost odredbe o GCT testu može se ocenjivati u odnosu na ustavne principe pravne sigurnosti i jednakosti. Članom 16 (2) *in fine* Ustava Republike Srbije propisuje se da potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom što, uprkos njihovom mestu u hijerarhiji

<sup>32</sup> Andora, Australija, Belgija, Kostarika, Obala Slonovače, Kurasao, Kipar, Češka, Fidži, Gabon, Gernsi, Mađarska, Irska, Ostrvo Man, Džersi, Lihtenštajn, Litvanija, Luksemburg, Malta, Mauricijus, Holandija, Novi Zeland, Pakistan, San Marino, Senegal, Sejšeli, Singapur, Ukrajina, Ujedinjeni Arapski Emirati, Velika Britanija i Urugvaj.

propisa u odnosu na domaće zakone, ostavlja prostor za ocenu ustavnosti pojedinih njihovih odredaba.

#### 4.1. Pravna sigurnost

Iako Ustav Srbije neposredno ne pominje pravnu sigurnost *en général*, Ustavni sud Srbije je smatra jednim od ustavnih načela,<sup>33</sup> rukovodeći se stavovima Venecijanske komisije Saveta Evrope o ključnim elementima vladavine prava (Van Dijk *et al.* 2011, 10). Operativna definicija pravne sigurnosti svodi se na zahtev da pravna pravila budu jasna i precizna, sa ciljem da obezbede da situacije i pravni odnosi koje uređuje pravo ostanu predvidljivi.<sup>34</sup>

Ako bi se pod pravnom sigurnošću podrazumevalo da linija razgraničenja između izbegavanja poreza i legitimne poreske mitigacije treba da bude precizno povučena, takva bi očekivanja mogla kompromitovati ideju o *GAAR*-u uopšte, pa i o ugovornom GCT testu. Džudit Fridman (*Judith Freedman*) ukazuje na to da „prioritet treba da ima izrada praktičnog sistema sa fer testom koji je sprovodiv za većinu koja poštuje propise, a nije podložan manipulaciji kojoj bi bio izložen potpuno izvestan test, pod pretpostavkom da bi uopšte mogao da bude koncipiran“ (Freedman 2004, 355). Što je veća preciznost zakonske formulacije, to bi kreativnost poreskih obveznika namernih da izbegnu porez postajala izraženijom.<sup>35</sup> I OECD je naglašavao da „poreski obveznici imaju pravo na visok stepen izvesnosti poreskih posledica svojih akcija. Naravno, izvesnost nije uvek moguća. ... Poreske vlasti ne moraju biti u obavezi da poreskom obvezniku pruže sigurnost primene antiabuzivnih odredaba usmerenih ka poreskim obveznicima koji nastoje da izigraju nameru zakonodavca“ (OECD 1990, 12).

Relativno širok manevarski prostor koji opšta antiabuzivna pravila moraju da ostave ne sme da bude teren na kojem će meko ograničena diskreciona ovlašćenja poreskih organa urušiti princip vladavine prava. Otuda bi *GAAR*, uključujući odredbu o GCT testu, trebalo da sadrži jasne i konzistentne standarde, unapred poznate poreskim obveznicima, ali takve da ne uklanjaju potrebu za određenim diskrecionim ovlašćenjima poreske administracije. Dakle, treba pronaći ravnotežu između zahteva za pravnom sigurnošću i zahteva za sprečavanjem izbegavanja poreza. Takvi standardi mogu se potražiti, na primer, u izveštaju Grejema Aronsona (*Graham Aronson*), na osnovu kojeg je pripremljen britanski *GAAR*.<sup>36</sup> No, ne može

---

<sup>33</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-138/2016 od 26. aprila 2018. godine.

<sup>34</sup> Upor. ECJ, S-63/93 (*Duff and Others*) [1996], para. 20.

<sup>35</sup> Videti više u Atkinson (2012, 11).

<sup>36</sup> Na primer, aranžman dovodi do potrebe oporezivanja do odbitaka koji su značajno veći od stvarnih ekonomskih rashoda ili gubitaka; uključuje transakciju po vrednosti koja se značajno razlikuje od tržišne ili uopšte nije pod komercijalnim uslo-

se prenebregnuti kritika da u takvim uslovima postoji rizik od pristupa *expressio unius est exclusio alterius* i da *GAAR*, uključujući odredbu o GCT testu, treba da izbegava enumeraciju standarda (Kasoulides Paulson 2013, 47–48). Osim toga, formulisanje sve detaljnijih pravila, kako smo već ukazali, ohrabruje izbegavanje poreza manipulacijom tim pravilima (Freedman 2004, 346). Pri tome, propis postaje sve složeniji,<sup>37</sup> što povećava broj sporova i stvara veću pravnu nesigurnost. *GAAR*, pa i GCT test, svoju „efikasnost u suprotstavljanju nepredviđenim i nepredvidljivim oblicima izbegavanja poreza zasnivaju na široko formulisanim terminima i principima, pa bi precizno određivanje njihovih spoljašnjih granica odredbe verovatno učinilo nedelotvornim“ (Atkinson 2012, 11).

Komparativna ustavnosudska praksa pokazuje da potreba da se bude neodređen da bi *GAAR*, uključujući GCT test, bio efikasan ne može biti ostavljena bez granica. Ustavni sud Poljske je presudio da je čl. 24 b, § 1 Poreskog zakona iz 1997. godine (polj. *Ordynacja podatkowa*), koji sadrži *GAAR*, u suprotnosti s Ustavom,<sup>38</sup> pošto će ustavni princip vladavine prava, iz kojeg proizlazi princip pravne sigurnosti, biti narušen kada je formulacija pravne norme tako neodređena i neprecizna da kod onih na koje je upućena stvara nesigurnost u pogledu prava i obaveza koje imaju. Takva odredba daje prekomerno širok okvir u kojem organi ovlašćeni da je primenjuju *de facto* preuzimaju ulogu zakonodavca u odnosu na ta neodređeno i neprecizno uređena pitanja.

U situaciji kada su opšta antiabuzivna pravila neophodna mera za suprotstavljanje izbegavanju plaćanja poreza, a njihove široke formulacije stvaraju probleme na terenu ustavnosti, postavlja se pitanje uravnoteženja odnosa između principa pravne sigurnosti i *GAAR*-ova, uključujući GCT test. Ana Paula Durado (*Ana Paula Dourado*) (2015, 56) upozorava da formulacija odredbe o GCT testu znači da, ukoliko je ostvarivanje poreske pogodnosti bio jedan od glavnih ciljeva aranžmana ili transakcije, postoji pretpostavka da poreska pogodnost nije u skladu sa predmetom i ciljem poreskog ugovora, što smatra *disproporcionalnom* merom, koja je u suprotnosti s osnovnim slobodama iz konstitutivnih ugovora EU.<sup>39</sup> Takve pretpostavke nema ni u *GAAR*-u iz Direktive protiv izbegavanja poreza ni u principu zabrane zloupotrebe prava, koji je razradio Evrop-

vima; uključuje lokaciju nekog sredstva ili transakcije ili mesto rezidentstva lica, koji ne bi tako bili locirani da aranžman nije urađen da bi se ostvario abuzivni poreski ishod; itd. Videti Aaronson (2011, 47–48), [https://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar\\_final\\_report\\_111111.pdf](https://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf) (poslednji pristup 7. januar 2019. godine).

<sup>37</sup> Uporediti Schwidetzky (1996, 403).

<sup>38</sup> Trybunał Konstytucyjny, K 4/03, Wyrok z 11 maja 2004 r., para. 4, 5.

<sup>39</sup> Vid. čl. 5 (4) Consolidated version of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union*, C 83, 30. 3. 2010.



ski sud pravde.<sup>40</sup> Značaj proporcionalnosti između preduzete mere i cilja koji se nastoji ostvariti prepoznao je i Ustavni sud Srbije. On je tako utvrdio da odredba čl. 9 (1) (16) Zakona o porezu na dohodak građana<sup>41</sup> o izuzimanju iz dohotka za oporezivanje naknada za rad lica u organima za sprovođenje izbora nije u saglasnosti s Ustavom jer narušava princip jednakosti iz čl. 21 (1 i 3) Ustava i princip opštosti poreske obaveze iz čl. 91 (2) Ustava. Sud je konstatovao da ne postoji racionalna srazmernost između poreske mere (propisanog izuzimanja) i legitimnog cilja čijoj se realizaciji u konkretnom slučaju teži.<sup>42</sup>

Neodređenost i nepreciznost *GAAR*-a, uključujući odredbu o GCT testu, otvara pitanje preširokih diskrecionih ovlašćenja datih nadležnim organima. Oni treba samo da „razumno zaključe“ (a ne i da *utvrde*) da je ostvarivanje pogodnosti iz poreskog ugovora bilo „jedan od glavnih ciljeva transakcije ili aranžmana“, pa da poreskom obvezniku uskrate tu pogodnost, o čemu je već bilo reči. Na arbitrarnost nastalu ovlašćenjem da se o postojanju zloupotrebe prava odlučuje na osnovu „razblaženog“ kriterijuma cilja transakcije pozvao se Ustavni savet Francuske kada je ocenio da odredba čl. 100 Finansijskog zakona za 2014. godinu nije u saglasnosti s Ustavom jer je u njoj raniji test „isključivog cilja“ zamenjen testom „glavnog cilja“ prilikom identifikacije radnje koje čine zloupotrebu poreskog prava iz L. 64 du *Livre des Procédures Fiscales*. Ustavni savet smatra, između ostalog, da je posledica takve promene u definiciji radnje zloupotrebe prava poveravanje poreskoj administraciji prevelike slobode u ocenjivanju, što narušava princip pravne sigurnosti.<sup>43</sup>

Za razliku od pomenutog Kemerenovog razumevanja norme iz *GAAR*-ova u novijem pravu EU i nacionalnim zakonodavstvima o abuzivnosti „glavnog cilja ili jednog od glavnih ciljeva“, koje taj uslov tumači tako da je ipak reč o *dominantnom* cilju, odredbom čl. 7 (1) *MLI* jasno se dozvoljava da može postojati ne samo jedan „glavni“ cilj transakcije ili aranžmana već da uporedo može egzistirati više takvih ciljeva. Arbitrar-

<sup>40</sup> Iako Evropski sud pravde nema jurisdikciju da tumači sâm poreski ugovor (tj. da li je zemlja rezidentstva dužna da otkloni dvostruko oporezivanje dela dohotka ili imovine nastalo uskraćivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora od organa zemlje izvora), on je nadležan da ocenjuje njegove pravne efekte na ostvarivanje osnovnih sloboda na osnovu predstavljenih činjenica. Videti ECJ, C-128/08 (*Damseaux*) [2009], para. 20, 23. Otuda odredba o GCT testu, kada bude ugrađena u obuhvaćeni poreski ugovor države članice EU, neće moći da izbegne ocenu Evropskog suda pravde s aspekta kompatibilnosti sa pravom EU. Uporediti Koriak (2016, 18).

<sup>41</sup> *Službeni glasnik RS*, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

<sup>42</sup> Odluka Ustavnog suda IUz-128/11 od 8. novembra 2012. godine, *Službeni glasnik RS*, 114/12.

<sup>43</sup> Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2013–685 DC du 29 décembre 2013, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013685DC.htm> (poslednji pristup 5. januar 2019. godine).

nost se sastoji u tome što poreski obveznik može da dokaže da je jedan od „glavnih“ ciljeva bio nefiskalne prirode (na primer, ulazak na novo tržište), ali poreski organ ipak može uzeti pogodnost iz poreskog ugovora (na primer, korišćenje snižene stope poreza po odbitku) kao takođe jedan od takvih ciljeva i uskratiti je poreskom obvezniku. Poreski organ ima široko diskreciono ovlašćenje da povlači liniju razgraničenja između „jednog od glavnih ciljeva“ (kada uskraćuje pogodnost iz poreskog ugovora) i „sekundarnog cilja“ (kada je neće uskratiti) i na tom pitanju bi ocena ustavnosti mogla da pokaže da je narušen ustavni princip pravne sigurnosti.

Dodatna razlika između čl. 7 (1) *MLI* i „standardnih“ opštih anti-buzivnih formulacija je u tome što se u odredbi o GCT testu ne zahteva da transakcija ili aranžman budu artifičijelni. I jurisprudencija Evropskog suda pravde i sekundarno poresko pravo EU, međutim, sadrže takav zahtev. U slučaju *Cadbury Schweppes*, Evropski sud pravde je zauzeo stav da zloupotreba postoji kada su u pitanju „potpuno artifičijelni aranžmani koji ne odražavaju ekonomsku realnost“.<sup>44</sup> Da bi se utvrdilo da li je reč o takvim aranžmanima, osim subjektivnog elementa koji se sastoji u nameri da se ostvari poreska pogodnost,<sup>45</sup> moraju postojati i određene objektivne činjenice, koje odražavaju ekonomsku realnost.<sup>46</sup> Moraju se uzeti u obzir sve okolnosti kako bi im se dao pravi značaj.<sup>47</sup> Na artifičijelnosti se insistira u Direktivi protiv izbegavanja poreza i u noveliranoj Direktivi o zajedničkom sistemu oporezivanja matičnih kompanija i filijala iz različitih država članica. Veber, koji smatra da GCT test *eo ipso* ne narušava osnovne slobode iz Ugovora o funkcionisanju EU<sup>48</sup> (jer dvostruko oporezivanje nastalo uskraćivanjem pogodnosti iz poreskog ugovora ne ugrožava te slobode), ističe da se prilikom osporavanja saglasnosti sa komunitarnim pravom ne može pozivati na princip pravne sigurnosti kao takav, ukoliko nije primenjena neka odredba prava EU.<sup>49</sup> Pri tome, on smatra da bi jedinu smetnju za primenu GCT testa pred Evropskim sudom pravde moglo da predstavlja to što se u odredbi čl. 7 (1) *MLI* ne zahteva artifičijelnost,

<sup>44</sup> ECJ, S-196/04 [2006], para. 55.

<sup>45</sup> Sâma činjenica da postoji poreska pogodnost ne znači da je u pitanju zloupotreba. ECJ, S-196/04 [2006], para. 38.

<sup>46</sup> ECJ, S-196/04 [2006], para. 64, 65.

<sup>47</sup> Uporediti ECJ, S-126/10 (*Foggia*) [2011], para. 38, 39.

<sup>48</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 115, 9. 5. 2008.

<sup>49</sup> U presudama u slučajevima *Commission v. Greece* (ECJ, C-178/05 [2007]), *SIAT* (ECJ, C-318/10 [2012]) i *Itelcar* (ECJ, C-282/12 [2013]) pozivalo se na narušavanje principa pravne sigurnosti zato što je bilo povređeno neko drugo pravo EU. U prvom slučaju, povređena je Direktiva koja se odnosi na posredne poreze na povećanje kapitala (Council Directive 69/335/EEC, *Official Journal of the European Communities*, L 249/25, 3. 10. 1969), a u drugom i trećem slučaju slobode iz Ugovora o funkcionisanju EU.

na kojoj, pak, insistiraju antiabuzivna pravila iz prava EU (Weber 2017, 56). Zato je Evropska komisija donela Preporuku o primeni mera protiv zloupotrebe poreskog ugovora,<sup>50</sup> u kojoj državama članicama sugerise da u svoje poreske ugovore uključe odredbu o GCT testu u formulaciji iz čl. 7 (1) *MLI*, uz dopunu da do uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora neće doći ne samo kada je ispunjen uslov iz objektivnog testa već ni ukoliko se ustanovi da aranžman ili transakcija odražavaju stvarnu ekonomsku aktivnost. Do sada, međutim, ta preporuka nije sprovedena.

Prema našem mišljenju, nepostojanje zahteva za artifičijelnošću u odredbi o GCT testu (ni u čl. 29 (9) Model-konvencije OECD, koji je preuzeo čl. 7 (1) *MLI*, niti u Komentaru) takođe svedoči o narušavanju pravne sigurnosti jer upravo postojanje takvog zahteva u drugim *GAAR*-ovima služi da se ograniče široka diskreciona ovlašćenja poreskih organa nadležnih za primenu antiabuzivnih testova. Takav naš zaključak predstavlja drugu stranu tvrdnje da izostavljanje zahteva da se sprovede test ekonomske realnosti iz slučaja *Cadbury Schweppes* „nosi rizik da bi i aranžmani koji nisu potpuno artifičijelni mogli potpasti pod pravilo o GCT“ (Koriak 2016, 24).

Osim pitanja ustavnosti u odnosu na princip pravne sigurnosti *en général*, normom o GCT testu otvara se prostor i za ocenu njene usklađenosti sa čl. 34 Ustava Srbije,<sup>51</sup> prema kojem se „niko... ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena“. Ne postoji zakonom propisano krivično delo niti prekršaj na koje bi ukazivao GCT test: ovde *per definitionem* nije reč o nezakonitoj evaziji. Prethodna analiza je, međutim, ukazala na to da će se, u situaciji kada zemlja izvora uskrati poreskom obvezniku pogodnost iz poreskog ugovora a zemlja rezidentstva odbije da pruži neku od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja, odredba o GCT testu pokazati kao izvor svojevrzne *nepropisane* „sankcije“ jer će poreski obveznik biti izložen dodatnom novčanom teretu (dvostrukom pravnom oporezivanju dela dohotka ili imovine). To bi se moglo smatrati narušavanjem ustavnog načela *nulla poena sine lege*. Napominjemo da Evropski sud za ljudska prava ima etabliranu praksu prema kojoj koncept „kazne“ predstavlja autonoman koncept po Evropskoj konvenciji za ljudska prava, te Sud zadržava pravo da „zađe iza pojavnog (oblika određene mere – *D. P. i G. I. P.*) i za sebe proceni da li određena mera svojom suštinom doseže do ‘kazne’“. <sup>52</sup> Zbog toga okolnost da proisteklo penalizujuće dvostruko

<sup>50</sup> Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, *Official Journal of the European Union*, L 25, 2. 2. 2016.

<sup>51</sup> Iznad tog člana stoji naslov „Pravna sigurnost u kaznenom pravu“.

<sup>52</sup> Uporediti ECtHR (Decision) 21 October 2013, no. 42750/09, *Del Río Prada v. Spain*, para. 81.

oporezivanje ne nosi zakonsko obeležje „kazne“ ne bi mogla da spreči da se ta mera tako kvalifikuje, pri čemu se poreski obveznik kažnjava za delo (nelegitimno, iako zakonito, izbegavanje poreza) koje nije predviđeno kao kažnjivo. U sličnim okolnostima, mada vezanim za domaći *GAAR*, francuski Ustavni savet je ocenio da bi pomenuti čl. 100 Finansijskog zakona za 2014. godinu „takođe narušio zahteve koji proizlaze iz principa zakonitosti delikata i kazni“.<sup>53</sup>

#### 4.2. Jednakost pred zakonom

Članom 21 Ustava Srbije predviđeno je da su „pred Ustavom i zakonom svi... jednaki“ i da je „zabranjena... svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu...“. Članom 91 (2) Ustava propisano je da je „obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina... opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika“. Opštost poreske obaveze je, dakle, druga strana principa jednakosti pred (poreskim) zakonom (Popović 2018, 38).

Pitanje saglasnosti odredbe o GCT testu sa principom jednakosti otvara se zbog posledičnog nejednakog tretmana identičnih aranžmana, koji se jedan od drugog razlikuju samo po tome što je jedan poreski obveznik uspeo da, na primer, sniženu stopu poreza po odbitku predstavi kao sekundarni cilj transakcije ili aranžmana (jer je primarni cilj ulazak na novo tržište), pa mu je zato pogodnost iz poreskog ugovora pružena, dok drugi poreski obveznik u tome nije uspeo, pa mu je poreski organ uskratio tu pogodnost, ocenjujući je kao „jedan od glavnih ciljeva“. Pri tome, narušen je i princip plaćanja poreza prema ekonomskoj moći jer nije obezbeđen zahtev za horizontalnom pravičnošću, odnosno da lica s istom ekonomskom snagom treba da plate isti iznos poreza. Zaključujemo da iz formulacije čl. 7 (1) *MLI* proizlazi da poreski organ sprovodi GCT test „od slučaja do slučaja“, što može da dovede do različitih rešenja u istim situacijama.

Iako je „celokupno oporezivanje... u povlačenju razlika“ (Thuronyi 2003, 82), one bi trebalo da budu zasnovane na objektivnim i razumnim opravdanjima, koja će biti vrednovana prema predmetu i cilju poreskog propisa, uzimajući u obzir opšteprihvaćene principe u demokratskom društvu. Ustavni sud Srbije je u nekim slučajevima u poslednjih desetak godina počeo da ocenjuje saglasnost poreskih odredaba sledeći takav pristup i da primenjuje kriterijum srazmernosti između cilja i upotrebljenog sredstva.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Le Conseil constitutionnel, para. 113.

<sup>54</sup> Na primer, Sud je konstatovao da je odredbom čl. 2 (1) Zakona o jednokratnom porezu na ekstra dohodak i ekstra imovinu stečene iskorišćavanjem posebnih pogodnosti (*Službeni glasnik RS*, 36/01, 37/01, 18/02) povređeno načelo zabrane diskriminacije iz čl. 21 Ustava Srbije. Prema toj odredbi, pravna i fizička lica koja su dohodak i imovinu stekla na isti način, tj. „korišćenjem posebnih pogodnosti“, ali posle stupanja na snagu

Smatramo da bi primena testa proporcionalnosti<sup>55</sup> mogla da dovede do zaključka da je odredbom o GCT testu narušen princip jednakosti. I kada bi se Sud držao doktrine o „jednakosti u istoj pravnoj situaciji“,<sup>56</sup> teško da bi mogao da zaključi da se primenom norme o GCT testu utvrđena obaveza „jednako odnosi na sve građane koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji“ jer će jednome biti pružena, a drugome uskraćena pogodnost iz poreskog ugovora, zavisno od toga da li je kvalifikovana kao sekundarni ili, pak, jedan od glavnih ciljeva aranžmana ili transakcije.

Ako bi se u skladu sa karakterom odredbe o GCT testu, kao *GAAR*-u s ograničenim efektima, dogodilo da, pošto zemlja izvora uskrati pogodnost iz poreskog ugovora, a zemlja rezidentstva ne primeni metodu kredita ili metodu izuzimanja, poreski obveznik bude izložen dvostrukom pravnom oporezivanju, može se otvoriti i pitanje ustavnosti odredbe o GCT testu u zemlji izvora u odnosu na ustavni princip oporezivanja prema ekonomskoj snazi. Primera radi, ukoliko dva poreska obveznika iste ekonomske snage, koji su rezidenti Finske, ulože isti iznos u po jedno privredno društvo – rezidente Srbije, pri čemu prvi odobrava pozajmicu očekujući prihod od kamate (na koju se, prema poreskom ugovoru između Srbije i Finske, ne plaća porez po odbitku u zemlji izvora), dok drugi ulaže sopstveni kapital očekujući prihod od dividende (na koju se plaća porez po odbitku od 5%), njihov poreski tretman bio bi nejednak jer bi prvome bila uskraćena poreska pogodnost na osnovu primene GCT testa. Iako im je sposobnost plaćanja ista,<sup>57</sup> prvi obveznik – samo zbog toga što je nadležni organ ocenio da je uključen u aranžman čiji je jedan od glavnih ciljeva abuzivni – biće izložen dvostrukom oporezivanju dela svog dohotka. Ustavni sud Srbije bi mogao da smatra da odredba poreskog ugovora koja dovodi do takvog ishoda nije u saglasnosti sa čl. 91 (2) Ustava. Pred Ustavnim sudom Srbije mogao bi, kao kontraargument, da se navede da je do dvostrukog oporezivanja došlo zbog odbijanja zemlje rezidentstva (Finske) da primeni jednu od metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja, ali je takav ishod rezultat saglasnosti volja ugovornih strana, koje su odlučile da ne optiraju za primenu diskrecione olakšice iz čl. 7 (4) *MLI*.

tog zakona, ne podležu obavezi plaćanja jednokratnog poreza, čime je povređen princip jednakosti pred zakonom. Ostvarivanje cilja kojim se zakonodavac rukovodio ne sme da bude osnov da se bez objektivnog i razumnog opravdanja stvore nove razlike među potencijalnim poreskim obveznicima. Videti Odluku Ustavnog suda IU-221/01 od 14. jula 2011. godine, *Službeni glasnik RS*, 72/11.

<sup>55</sup> O srazmernosti između cilja i upotrebljenog sredstva, videti više u Bourgeois (2008, 92–93).

<sup>56</sup> Videti na primer Odluku Ustavnog suda IU-39/04 od 16. septembra 2004. godine, *Službeni glasnik RS*, 122/04.

<sup>57</sup> Ne razlikuje se ni intenzitet korišćenja javnih dobara u zemlji izvora (Srbiji), te ne postoji opravdanje za ukupno oštrije oporezivanje jednog u odnosu na drugog.

## 5. ZAKLJUČAK

Ugradnjom odredbe o GCT testu u obuhvaćene poreske ugovore započela je *post-BEPS* era međunarodnog poreskog prava. Naša analiza je pokazala da su toj odredbi inherentne brojne slabosti, od kojih neke, poput narušene pravne sigurnosti, nejednakog tretmana i novčane penalizacije poreskog obveznika usled dvostrukog oporezivanja, mogu ubuduće da budu predmet ocene ustavnosti. Ustavni sudovi u Poljskoj i Francuskoj već su proglašavali neustavnim domaće *GAAR*-ove, čije su odredbe bile slične delovima odredbe o GCT testu, pre svega zbog neodređenosti i nepreciznosti formulacija, kao i zbog „razblaživanja“ elemenata za ispitivanje postojanja zloupotrebe prava („isključivi cilj“ postao je „glavni cilj“). Izazov je, međutim, sada složeniji jer bi odluka da odredba o GCT testu iz poreskih ugovora nije u skladu s ustavom srušila važan deo *BEPS* konstrukcije.

Preciznost norme bi se povećala, a pravna nesigurnost smanjila ukoliko bi se, makar u Komentar Model-konvencije OECD, jasnije odredila granica između „jednog od glavnih ciljeva“ aranžmana ili transakcije i sekundarnog cilja, posebno imajući u vidu rizike koje za *bona fide* poreske obveznike nosi nizak nivo dokaza da je postojala abuzivna namera koji se očekuje od poreskog organa („razumno zaključivanje“) i visok nivo dokaza koji poreski obveznici moraju pružiti u objektivnom testu („ustanovljavanje“ da je odobravanje pogodnosti u datim okolnostima bilo u skladu sa predmetom i ciljem odgovarajućih odredaba poreskog ugovora) da bi se izuzeli od uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora. Sem toga, normu o GCT testu trebalo bi upotpuniti zahtevom da aranžman mora da bude artifičijelan da bi se smatrao abuzivnim. Članom 30 *MLI* predviđeno je da odredbe Multilateralne konvencije ne utiču na naknadne izmene obuhvaćenih poreskih ugovora koje mogu biti dogovorene između ugovornih jurisdikcija, što bi značilo da bi države u kojima bi ustavni sud osporio delove odredbe o GCT testu mogle na bilateralnoj osnovi da potraže zadovoljavajuće rešenje. Ukoliko je broj država i jurisdikcija u kojima je ustavni sud našao da te odredbe nisu u saglasnosti s ustavom značajan, mogao bi se u propisanoj proceduri podneti amandman na Multilateralnu konvenciju.

Penalizujući efekat odredbe o GCT testu s ograničenim efektima, za koji bi ustavni sudovi mogli da ocene da nije u saglasnosti s ustavnim principom pravne sigurnosti u kaznenom pravu, nestao bi ako bi se ugovarala primena diskrecione olakšice. Ostao bi prigovor na račun nepreciznosti odredbe o diskrecionoj olakšici, imajući u vidu da poreski organ ima slobodu izbora neabuzivne strukture koju će primeniti.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Videti više u Pinetz (2016, 299).

Iako je celokupan BEPS projekat, i MLI kao njegov važan deo, rađen u saradnji vodećih eksperata iz domena međunarodnog poreskog prava, pod okriljem OECD-a, uz podršku G 20, te se većina prihvaćenih mera može visoko oceniti,<sup>59</sup> izgleda da su efekti izbegavanja poreza putem erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti, iskazani kroz gubitak poreskih prihoda u iznosu od oko 200 milijardi USD na globalnom nivou godišnje,<sup>60</sup> uticali na „radikalizaciju“ pojedinih rešenja, pre svega odredbe o GCT testu iz čl. 7 (1) MLI. „Tas“ je prevagnuo na stranu poreske administracije, što se očigledno želelo postići. Osim toga, uz cilj poreskog ugovora definisan kao „izbegavanje dvostrukog oporezivanja bez stvaranja mogućnosti za neoporezivanje ili smanjeno oporezivanje putem poreske evazije ili izbegavanja poreza“, otvoren je prostor da, posle uskraćivanja pogodnosti iz poreskog ugovora u zemlji izvora poreski obveznik ostane dvostruko oporezovan jer nije primenjena jedna od mera za eliminaciju dvostrukog oporezivanja u zemlji rezidentstva, kad god se ona ne složi sa rekonfigurisanim poreskim tretmanom osporenog aranžmana u zemlji izvora.

U predstojećim godinama sticaće se prva iskustva u primeni odredbe o GCT testu i reakciji zemlje rezidentstva, koja će potvrditi ili osporiti iznete primedbe. Takođe će se pokazati u kojoj će meri biti potrebna rekonstrukcija modifikovane mreže poreskih ugovora zbog dejstva eventualnih odluka ustavnih sudova o (ne)ustavnosti norme koja sadrži ovaj test.

## LITERATURA (REFERENCES)

- Aaronson, Graham. 2011. *GAAR Study. A Study to Consider whether a General Anti-avoidance Rule Should be Introduced into the UK Tax System*. London: The National Archives, [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar\\_final\\_report\\_111111.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_111111.pdf) (poslednji pristup 7. januar 2019. godine).
- Arnold, Brian J. 2016. *International Tax Primer*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Atkinson, Chris. 2012. General Anti-Avoidance Rules: Exploring the Balance between the Taxpayer's Need for Certainty and the Government's Need to Prevent Tax Avoidance. *Journal of Australian Taxation* 14: 1–56.

---

<sup>59</sup> Za određene zamerke BEPS projektu, uporediti Valderrama (2018, section 3.3).

<sup>60</sup> <http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm> (poslednji pristup 14. januar 2019. godine).

- Báez Moreno, Andrés. 2017. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?. *Intertax* 45: 432–446.
- Baker, Philip. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (poslednji pristup 25. decembar 2018. godine).
- Bourgeois, Marc. 2008. Constitutional Framework of the Different Types of Income. 79–183 u *The Concept of Tax*, urednik Bruno Peeters. Amsterdam: IBFD.
- Bravo, Nathalie. 2016. The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal* 8: 279–304.
- Chand, Vikram. 2018a. *The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)*. Zurich: Schulthess.
- Chand, Vikram. 2018b. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax* 46: 18–44.
- De Broe, Luc, i Joris Luts. 2015. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax* 43: 122–146.
- Dourado, Ana Paula. 2015. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax* 43: 42–57.
- Engelen, Frank. 2004. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Amsterdam: IBFD.
- Freedman, Judith. 2004. Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *British Tax Review* 4: 332–357.
- Jelčić, Božidar. 1998. *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb: Informator.
- Kasoulides Paulson, Stella. 2013. *When It Comes to General Anti-Avoidance Rules, is Broader Better?*. Wellington: Victoria University of Wellington, Faculty of Law.
- Kemmeren, Eric C. C. M. 2014. Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?. *EC Tax Review* 23: 190–193.
- Kok, Reinout. 2016. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax* 44: 406–412.
- Koriak, Oleksandr. 2016. *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework*. Lund: School of Economics and Management Lund University.
- Lang, Michael. 2014. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International* 74: 655–664.



- Lovčević, Jovan. 1993. *Institucije javnih finansija*, Beograd: Službeni list SRJ.
- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (poslednji pristup 10. januar 2019).
- OECD. 2013. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD.
- OECD. 2015. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. Action Plan 15: 2015 Final Report*. Paris: OECD.
- OECD. 2017. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris: OECD.
- OECD. 1990. *Taxpayers' Rights and Obligations*. Paris: OECD.
- Pinetz, Erik. 2016. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. 271–301 u *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, urednici Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch i Claus Staringer. Vienna: Linde Verlag.
- Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Popović, Dejan, i Gordana Ilić Popov. 2017. Značaj i efekti BEPS multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 75: 13–31.
- Popović, Dejan, i Svetislav V. Kostić. 2009. *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Pravni okvir i tumačenje*. Beograd: Cekoš in.
- Schwidetzky, Walter D. 1996. Hyperlexis and the Loophole. *Oklahoma Law Review* 49: 403–424.
- Taboada, Carlos Palao. 2015. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation* 69: 602–608.
- Thuronyi, Victor. 2003. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer.
- Tiley, John. 2000. *Revenue Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Todorović, Milan. 1930. *Nauka o finansijama. I Nauka o porezima*. Beograd: Geca Kon.)
- Valderrama, Irma Johanna Mosquera. 2018. Output Legitimacy Deficits and the Inclusive Framework of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation* 72: section 1 – section 4.

- Van Dijk, Pieter, Gret Haller, Jeffrey Jowell i Kaarlo Tuori. 2011. Report on the Rule of Law, Study No. 512/2009. Strasbourg: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission).
- Weber, Dennis. 2017. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review* 1: 48–59.

Dejan Popović, PhD

Full Professor  
University of Belgrade Faculty of Law

Gordana Ilić Popov, PhD

Full Professor  
University of Belgrade Faculty of Law

(UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISION ON THE  
PRINCIPAL PURPOSE OF TRANSACTION OR ARRANGEMENT  
TEST FROM THE TAX TREATIES

*Summary*

The principal purpose of transaction or arrangement test (PPT) contained in MLI authorises tax authorities to deny a treaty benefit. The structure of PPT shows that tax authorities were given wide discretion. Its wording does not determine what will be taxed in the source country once the benefit is denied. In authors' opinion the residence country may decide to deny the relief for elimination of double taxation if it considers that it is the conflict of qualifications that arises from differences in interpretation of treaty or facts rather than from differences in domestic law. The constitutionality of PPT may be assessed with respect to the principles of legal certainty and equality. The tax authorities were given arbitrary authorisation to assess whether it is an abusive "one of the principal purposes of a transaction" or a legitimate commercial objective. This may violate the principles of equality and taxation based on ability-to-pay.

Key words: *Principal purpose of transaction or arrangement test. – Multilateral instrument. – Tax avoidance. – Legal certainty. – Constitutionality.*

Article history:

Received: 11. 2. 2019.

Accepted: 25. 4. 2019.